

GUIDO CORSO

Professore emerito di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi Roma Tre

guido.corso@uniroma3.it

UN “NEMICO” DA COMBATTERE CON MISURE AMMINISTRATIVE?

AN 'ENEMY' TO FIGHT WITH ADMINISTRATIVE MEASURES?

SINTESI

Il contributo trae spunto dal saggio di Maria Cristina Cavallaro, *Gestione dei migranti, emergenza sanitaria e sicurezza pubblica: verso un 'diritto amministrativo del nemico'?* e giunge a osservare che il mix diritto penale – diritto amministrativo, processo penale e procedimento amministrativo, ha sempre caratterizzato l'ordinamento italiano: l'obiettivo della sicurezza è stato sempre perseguito con tutte e due specie di misure, sottolineando come la misura di prevenzione comporta obblighi e limitazioni per il prevenuto.

ABSTRACT

The contribution takes its starting point from Maria Cristina Cavallaro's essay, *Migrant management, health emergency and public safety: towards an 'administrative law of the enemy'?* and comes to observe that the mix of criminal law - administrative law, criminal trial and administrative procedure, has always characterised the Italian legal system: the objective of security has always been pursued with both kinds of measures, emphasising how the preventive measure entails obligations and limitations for the defendant.

PAROLE CHIAVE: Nemico, pubblica amministrazione, sicurezza pubblica

KEYWORDS: Enemy, public administration, public security

Un penalista e filosofo del diritto tedesco, Günther Jakobs ha prospettato la distinzione fra il diritto penale del cittadino e il diritto penale del nemico.

Il cittadino che commette un crimine viene punito ad una pena alla quale egli può anche volontariamente sottomettersi. Il colpevole in questo modo rende una prestazione che ripara il torto, restaurando con lo Stato una relazione giuridica. Siamo nell'ambito di quello che Kant chiama la costituzione secondo il diritto, in cui vige uno stato di pace che viene istituito (dalle leggi) e si distingue dallo stato di natura, che è uno stato di guerra: ed è tale anche se non c'è lo scoppio delle ostilità, ma piuttosto la costante minaccia di esse (I KANT, *Per la pace perpetua*, II Sez., in *Fondazione della metafisica dei costumi e altri scritti*, 2019, p. 399).

Lo stato di guerra, inteso in questo senso (di guerra anche solo potenziale), vige, secondo Jakobs, nei confronti di alcune categorie di criminali (reati sessuali, ladri, terroristi, spacciatori, mafiosi, camorristi etc.) che si presumono vocati alla reiterazione del reato, recidivi presunti: sicché nei loro confronti c'è l'esigenza di mettersi al sicuro, come si fa con un animale selvaggio (G. JACOBS, *La pena statale*, Ed. Sc. Napoli 2019, p. 108).

È soprattutto in questi casi che si avverte l'esigenza della prevenzione: prevenzione contro le persone, contro il rischio dei loro comportamenti futuri, al quale si fa fronte per es., con la carcerazione preventiva o con la previsione di pene sproporzionate o comunque con misure che presuppongono non l'accertamento di un fatto, ma semplicemente la pericolosità della persona.

Contro questo tipo di crimini viene ingaggiata una "lotta" (lotta alla mafia, lotta al terrorismo etc.), con un linguaggio che appunto evoca un nemico nei confronti del quale non è più applicabile il diritto. Come non applicabile nello stato di natura di Hobbes, di Spinoza o dello stesso Kant, quest'ultimo nella descrizione del rapporto fra gli Stati).

Quel che Jakobs teme è che, mescolando il diritto penale del cittadino e il diritto penale del nemico, quest'ultimo faccia venir meno i vincoli che legano il diritto penale del cittadino (op. cit., p. 113).

Una preoccupazione del tutto giustificata.

Non è giustificato, invece, a mio avviso, il coro di critiche che in Italia sono state mosse a Jakobs: come se egli avesse formulato una proposta (il diritto penale del nemico) anziché denunciare un fenomeno che appare sempre più evidente quanto più si enfatizza l'esigenza della sicurezza.

Altri hanno invece preso sul serio il grado di allarme di Jakobs. L'Associazione italiana dei professori di diritto penale ha dedicato il suo VII convegno annuale al "diritto penale dei nemici. Verso un nuovo diritto penale dell'auto-re?" (Siracusa 25-26 otto. 2019).

Il programma del convegno evoca, sia pure con un interrogativo, lo schema del "tipo d'autore" (Tätertyp) della dottrina penalistica nazionalsocialistica. Dietro le fattispecie del furto, del falso, dello sfruttamento di prostitute, ci sono le figure del ladro, del falsario, dello sfruttatore: perché la pena venga a loro applicata, non è necessaria la formale realizzazione del fatto previsto dalla norma, è sufficiente che appaia il tipo normativo di autore corrispondente.

Nel corso di quel convegno furono tenute relazioni sulla normativa anti-terrorismo, sulla "lotta" alla criminalità organizzata, sugli stupefacenti nel diritto penale, sui reati sessuali, sul contrasto alla corruzione. Sono esattamente le forme criminali indicate da Jakobs (op. cit., p. 108) come quelle proprie dei "nemici". Ad esse chi organizzò il convegno ne aggiunse una che lo studioso tedesco non aveva previsto: l'immigrato irregolare, alla cui disciplina fu dedicata una delle relazioni.

Il tema (Il diritto penale "dei nemici". La disciplina in materia di immigrazione irregolare in Riv. it. Dir. Proc. pen. 2020, fasc. 2) è stato trattato dal prof. Luca Maserà. Lo straniero irregolare – egli scrive – è l'ultimo arrivato dei "nemici" verso cui è stata rivolta l'attenzione del sistema punitivo, posto che il massiccio ricorso alla sanzione penale nei suoi confronti è un fenomeno del nuovo millennio.

Caratteristica costante del sistema di contrasto all'immigrazione irregolare è stata quella di affiancare alla sanzione penale in senso stretto una serie di

altri strumenti coercitivi di natura amministrativa (tra cui un ruolo centrale riveste il trattamento dei migranti in attesa di rimpatrio nei centri oggi denominati Centri di permanenza per il rimpatrio, CPR). Al punto che è stato coniato un neologismo – la crimmigration.

La breve storia della criminalizzazione del migrante irregolare si può dividere, secondo Masera, in tre fasi. La prima, dal 2007 al 2011, è la fase in cui la criminalizzazione assume il suo aspetto più duro, con il ricorso massiccio all'uso della pena detentiva e l'introduzione della circostanza aggravante e del reato di clandestinità; la seconda, dal 2011 al 2017, è aperta da una fondamentale decisione della Corte di giustizia UE del 2011 (El Dridi) che ha imposto una totale riarticolazione del sistema repressivo, in cui la pena detentiva ha lasciato il posto, nella grande maggioranza delle ipotesi, alla pena pecuniaria; la terza dal 2017 a oggi, è la fase in cui il “clandestino” ha lasciato il posto nelle paure dell'opinione pubblica alla figura del richiedente protezione che sbarca sulle nostre coste in provenienza dalla sponda meridionale del Mediterraneo, e i destinatari della risposta penale non sono più tanto gli stranieri irregolari, quanto piuttosto i membri della ONG che operano i soccorsi in mare.

Quando Masera scriveva (sono suoi i passi che precedono), non era ancora intervenuto il recente decreto-legge n. 1/2023: che, accanto ad una serie di nuovi obblighi, impone alle navi della ONG che hanno effettuato un salvataggio in mare di raggiungere “senza ritardo” il porto assegnato dall'autorità italiana (art. 1 lett. d), con la previsione, in caso di violazione, di una sanzione pecuniaria che va da diecimila a 50 mila euro e può arrivare al fermo amministrativo della nave.

L'obbligo di raggiungere il porto assegnato “senza ritardo” implica, come è stato chiarito anche con dichiarazioni ufficiali, il divieto di effettuare nuovi salvataggi che si rendessero necessari lungo la rotta o nelle vicinanze: pone il comandante della nave nell'alternativa tra la violazione della legge italiana e la violazione dell'art. 11 della convenzione di Montego Bay (UNCLOS

1982), che impone a ogni capitano di nave di “prestare assistenza a qualunque persona, anche nemica, trovata in mare in pericolo di vita”.

La ricognizione delle misure amministrative di contrasto all'immigrazione irregolare, a complemento di quelle penali esaminate da Masera, è stata fatta da Maria Cristina Cavallaro nel saggio su “Gestione dei migranti, emergenza sanitaria e sicurezza pubblica: verso un diritto “amministrativo” del nemico?”

Partendo dallo schema di Jakobs, l'A. esamina la normativa italiana anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE (El Dridi, Rottmann), prende in considerazione alcuni casi di giurisprudenza amministrativa, dà uno “sguardo veloce” (come lei stessa si esprime) al quadro costituzionale e propone alla fine una riflessione sul concetto di sicurezza e sulla sua ambivalenza.

“Neppure la democrazia – scrive la Cavallaro citando W. Sofskt (Rischio e sicurezza, Einaudi 2005, p. 84) – si sottrae al circolo vizioso della sicurezza. L'ordine è indispensabile per contenere la violenza, però è vero anche il contrario, e cioè che la violenza è necessaria per conservare l'ordine”.

Si potrebbe aggiungere che il mix diritto penale – diritto amministrativo, processo penale e procedimento amministrativo, ha sempre caratterizzato l'ordinamento italiano: l'obiettivo della sicurezza è stato sempre perseguito con tutte e due specie di misure. Basti guardare all'ampia tipologia di “persone sospette, liberati dal carcere, malati di mente, intossicati, mendicanti contemplati dai t.u. di pubblica sicurezza (l'ultimo è quello del 1931).

Anche se la Corte Costituzionale ha annullato alcune di queste disposizioni, perché imponendo l'obbligo di soggiorno o il divieto di soggiorno incidono sulla libertà personale, tutelata dall'art. 13 Cost. con la riserva di giurisdizione, le cose non sono molto cambiate. È vero che le misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e la pubblica moralità” (è il titolo della L. 1428/1956, oggi confluita con alcune modifiche nel codice antimafia (d.lgs.vo n. 159/2011) sono oggi in buona parte inflitte dal giudice: ma ciò avviene sulla base di labili indizi, insufficienti a giustificare l'avvio di

un'azione penale, indizi dietro i quali c'è la certezza che le persone del genere hanno commesso delitti o ne commetteranno.

Lo schema è sempre lo stesso. Sia che venga applicata dall'autorità amministrativa (foglio di via obbligatorio, avviso orale) sia che venga inflitta dall'autorità giudiziaria (obbligo di soggiorno, divieto di soggiorno) la misura di prevenzione comporta obblighi e limitazioni per il prevenuto, la violazione dei quali costituisce reato: una sorta di spirale criminogena in cui la misura di polizia (tale è, nella sostanza, anche la misura applicata dalla Sezione del tribunale per le misure di prevenzione) avvia un percorso al termine del quale c'è spesso il delitto (la violazione della misura).

Jakobs ha illustrato uno schema la cui applicazione tende sempre più a dilatarsi, ed ha profonde radici nella cultura giuridica, non solo italiana.

È merito di Maria Cristina Cavallaro averne saggiato l'applicazione nell'ambito della legislazione amministrativa.